Background Paper BP-279E

HUMAN RIGHTS AND THE COURTS IN CANADA

Nancy Holmes
Law and Government Division

November 1991

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1992

Cat. No. YM32-2-279E

ISBN 0-660-14531-6

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

92-05805/

HUMAN RIGHTS AND THE COURTS IN CANADA

INTRODUCTION

Although universally embraced in principle, the concept of "human rights" evades a precise definition and is subject to a general lack of consensus on how it should be approached. Certainly, the term "right," in and of itself, is ambiguous. It is sometimes applied in its strictest legal sense, where the right-holder is entitled to something which another has a corresponding duty to provide. In other cases, a "right" indicates an immunity from interference. To speak of human rights, then, requires a conception of rights possessed simply by virtue of being human. Some generalizations can be made in this regard. Human rights tend to represent individual and group demands for access to wealth and power and for mutual respect. These rights are both legally and morally justifiable, and they apply to all persons simply because they are human beings. Most rights are qualified or limited in some way, usually on the basis that with the privilege of rights comes the responsibility to tolerate the rights of others. Finally, human rights are commonly priorized as either fundamental or non-fundamental.

It is important to understand that the protection of human rights is a field of public policy, although it is not always recognized as such. Controversies about human rights usually involve the question of whether priority should be given to individuals' personal claims or to their responsibilities to others. These issues are rarely resolved by applying traditional legal principles. Rather, what is really involved is policy-making. Protecting human rights requires ongoing comparisons of legitimate objectives. The public policy of human rights has tended to

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

divide these rights into four broad categories: (1) political rights, which traditionally include freedom of association, assembly, expression, the press, conscience and religion; (2) legal rights, which include equality before the law, due process of the law, freedom from arbitrary arrest, right to a fair hearing, and access to counsel; (3) economic rights, which include the right to own property and freedom of contract; and (4) egalitarian rights, which include the right to employment, education, accommodation, facilities and services without discrimination on the basis of race, origin, age or sex.

How a political system can best protect human rights depends to a large extent on variables specific to time and culture. Canada's particular approach has been a mix of the British liberal tradition of relying on ordinary law and elected parliaments, and the American liberal tradition, which places reliance on a written constitution and judicial review. In order to reflect adequately the different sets of mechanisms used to protect human rights in Canada, it is useful to divide the Canadian experience into three time periods.

During the first period, from Confederation to 1960, the federal and provincial legislatures had the primary responsibility for safeguarding the human rights principles inherited from the United Kingdom. The judiciary played only a minor role through its responsibility for upholding the common law principles that had developed to protect these rights. Despite the existence of legal bases for action, the courts and the legislatures both evidenced a general reluctance to address issues of human rights except as a peripheral matter. The second period began with the advent of the *Canadian Bill of Rights* and the enactment of human rights codes at both the provincial and federal level. During this time period, the courts were therefore expressly invited by the legislatures to take on a more active role in settling controversial human rights issues. The invitation was, however, basically rejected. It was not until the third period, beginning in 1982 with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, that the judiciary was accorded the constitutional mandate it had felt was necessary to rule on the substantive validity of legislation, as it has now begun to do to ensure compliance with the rights and freedoms granted by the Charter.

RECYCLED / RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

FROM CONFEDERATION TO THE BILL OF RIGHTS

At the time of Confederation, it was decided that Canada would adopt the parliamentary form of government that had evolved in the United Kingdom. One of the dominant principles underlying that system was the doctrine of parliamentary supremacy, which held that the legislative branch of the government could determine the powers of the other two branches: the executive and the judiciary. Canada inherited this principle of legislative supremacy by way of the preamble to the *British North America Act*, now referred to as the *Constitution Act, 1867*. This stated that Canada would have a constitution "similar in principle to that of the United Kingdom." This meant that the Canadian Constitution embraced the elements of the unwritten British constitution, including the notions of the rule of law and parliamentary supremacy. Legislative supremacy could not, however, apply in Canada exactly as it did in the United Kingdom; as Canada was a federal country, no single legislature was supreme. Instead, the federal and provincial legislatures were supreme only within constitutionally designated areas of jurisdiction.

The *Constitution Act, 1867* also made provision for the establishment of a federally-appointed judiciary charged not only with the traditional judicial tasks of settling disputes between individuals and interpreting statutes with a view to the intent of the legislators, but with a third task arising out of the new country's federal nature - adjudication on the constitutional division of powers between the federal and provincial legislatures. Thus, at the time of Confederation, the relationship between the courts and the other branches of government was clearly defined. The federal and provincial legislatures made the law, the executive implemented and enforced the law and the judiciary was responsible only for interpreting the law that the others had made and enforced. Moreover, until 1949, the Judicial Committee of the Privy Council in England, rather than the Supreme Court of Canada, served as Canada's final court of appeal.

The *Constitution Act, 1867* makes no specific reference to human rights or fundamental liberties. While section 92(13) accords the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

provincial legislatures the power to make laws affecting "property and civil rights," there is no reference to any civil rights of individuals. The Act does guarantee some group rights with respect to the establishment and operation of schools by Roman Catholic or Protestant minorities and with respect to the use of the English and French languages; however, it is fair to say that these guarantees saw little in the way of judicial enforcement until quite recently. It was the opinion of some jurists by the beginning of the twentieth century that the preamble to the Act bestowed on Canadians the benefits of the tradition of civil liberties that had developed in the United Kingdom before 1867 and which formed part of that country's unwritten constitution. As will be seen, however, the courts were reluctant to interpret the Constitution in this way when it was not clear that such had been the intent of its framers and when the principle of parliamentary supremacy had by that time taken on almost sacred proportions.

As a rule then, judges in this period felt that they were powerless to prevent legislative violations of human rights unless the law that caused the violation offended the federal division of powers. In 1899, for example, the Judicial Committee of the Privy Council in London struck down a British Columbia law that prohibited anyone of Chinese origin from working in mines on the basis that the provincial law interfered with federal jurisdiction over "naturalization and aliens." On the other hand, the Judicial Committee upheld British Columbia legislation that denied the vote to Canadians of Asiatic origin as being within the proper bounds of provincial jurisdiction. In both instances, the Judicial Committee noted that, in accordance with the principle of legislative supremacy, judges could not consider the policy or impolicy of such enactments.

The courts were more than content to leave all policy decisions to the legislatures, even in those areas untouched by Parliament and which had been subject to purely judge-made, or so-called "common law." Without express legislative direction, the courts were not prepared to find human rights violations to be either immoral or illegal. Thus, in the area of race discrimination, the Supreme Court of Canada consistently advanced the principles of freedom of commerce and contract, no matter how flagrant

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the discriminatory result. In *Christie* v. *York Corporation,* [1940] S.C.R. 139, a black man who had been refused service in a tavern claimed damages for humiliation on the basis of the common law of tort. The Supreme Court dismissed the man's claim and held that, on the basis of the principle of freedom of commerce, merchants are free to deal as they choose with an individual member of the public. In that same year, the British Columbia Court of Appeal also held that anyone "may conduct a business in the manner best suited to advance his own interests," even if that meant discriminating against patrons solely because of their race or colour.

Beginning in the 1930s, however, some judges attempted to use the preamble to the Constitution as a means of establishing a new route, over and above the established common law, for protecting human rights in Canada. In the *Alberta Press Bill* case, the Supreme Court of Canada was asked by the federal government to determine the validity of a package of legislation enacted by the Social Credit government of Alberta to bring the province out of the Depression. Part of the legislation granted a government agency, the Social Credit Board, the power to prohibit the publication of a newspaper, to force a newspaper to print corrections of articles that the Board considered inaccurate, and to prohibit newspapers from publishing articles written by certain blacklisted persons. The rationale behind this portion of the legislation was that the monetary reforms of the legislation as a package would work only if the people believed in them. The Supreme Court unanimously determined the matter on a jurisdictional or division-of-powers basis, finding the legislation to be outside the powers of the provincial legislature because it invaded the federal government's jurisdiction over banking, interest and legal tender. What is significant about the Court's decision, however, is that three of the justices also perceived the legislation as being contrary to the constitutional guarantee of freedom of the press.

Chief Justice Duff based his civil liberties argument on the fact that the preamble to the *Constitution Act, 1867* implanted in Canada the civil liberties principles of the United Kingdom, including freedom of the press and freedom of speech. Moreover, because the Constitution establishes the House of Commons as an elected and representative body,

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

intended to work under the influence of public opinion and discussion, freedom of the press is an essential component of the principle of democracy.

The problem with the so-called "Duff Doctrine" was it could not be squared with the doctrine of legislative supremacy. As a result, it was not endorsed by the majority of the Court. The acceptance of a legally enforceable implied bill of rights would have meant a major restructuring of the Canadian political system. It would have meant recognizing constitutional principles of the United Kingdom, as enforced by judges. Such a judicial enforcement of civil liberties could ultimately have limited the powers of the legislatures and called into question the whole notion of legislative supremacy. Moreover, because an implied bill of rights would consist of abstract principles and judicial decisions about the nature of these abstractions, it would be even less clear than a written bill of rights. The Canadian judiciary at this time was naturally reluctant to embark on such a bold and uncharted course. Instead, the Supreme Court of Canada, even as the final court of appeal in Canada after 1949, ruled in favour of civil liberties claims only on the basis of the division of legislative powers.

THE BILL OF RIGHTS ERA

In the aftermath of the Second World War, human rights became a central issue of concern both at the international and the domestic level. Not only had Canadians witnessed atrocities abroad, but the suspension of human rights for Canadians of Japanese origin, the confiscation of their property and their forced internment during the war had had a profound consciousness-raising effect on the people of Canada with respect to the issue of human rights. It is worth looking at the more important international human rights documents that developed after the war, because their impact on domestic legislation and practice in this area cannot be overstated.

The reality of the crimes committed by the Nazi régime during the course of World War II was a catalyst for the United Nations

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

adoption of the *Universal Declaration of Human Rights* in 1948. The principal aim of the document was to set out, in general language, the basic rights to which all human beings ought to be entitled. Among the rights proclaimed are the right to life, liberty and security of the person, the right to privacy, the right to own property, and the freedoms of expression, movement, conscience, and peaceful assembly. Although, as its name indicates, the Universal Declaration was intended simply as a declaratory document not binding on members of the United Nations, it has achieved the status of customary international law and, as such, it has served to provide both the inspiration and starting point for the numerous international human rights documents that have followed.

In 1966, the United Nations General Assembly supplemented the Universal Declaration with three additional documents: the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, and the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. Together, these documents are collectively known as the International Bill of Human Rights. The primary effect of the 1966 instruments was to elaborate and extend the rights expressed in the Universal Declaration and to establish machinery for their enforcement through the United Nations. Canada was an active leader in these human rights developments at the international level, and it has since made serious efforts to ensure that such rights are protected domestically.

As a result of the emerging public awareness of the need for human rights safeguards in Canada, and the judiciary's obvious reluctance to take a stand on these issues, it fell to the legislatures of the federal and provincial governments to bring the country's domestic law into line with its recent international commitments. As noted earlier, the area of human rights was not specifically catalogued under the division of legislative powers set out in the *Constitution Act, 1867*. The closest the Act came to providing for this area seems to be the federal power with respect to "peace, order and good government" in section 91, and the provincial power over "property and civil rights" in section 92. In view of this overlapping jurisdiction, both levels of government entered the field

RECYCLED/RECYCLÉ

of human rights, although the initiative was principally taken at the provincial level.

The first human rights statute of the contemporary era was the Ontario *Racial Discrimination Act* of 1944, which prohibited the publication, display or broadcast of anything indicating an intention to discriminate on the basis of race or creed. The significance of this pioneering statute is that, for the first time, a legislature explicitly declared that racial and religious discrimination was against public policy, so that the judiciary could not simply subordinate human rights to the interests of commerce, contract or property. In 1947, the Province of Saskatchewan enacted the first bill of rights in Canada, which, in addition to anti-discrimination provisions, also proclaimed such political liberties as the right to vote, freedom of religion, speech and press, assembly and association, and freedom from arbitrary arrest or detention. The major drawback to this ambitious statute, however, was the lack of an effective enforcement procedure. The *Saskatchewan Bill of Rights* was followed by the enactment in various provinces of fair employment and fair practices legislation, which contained enforcement mechanisms, though not full-time staff to administer them. The combined effect of this legislation was to serve as the prototype for modern provincial human rights codes.

At the federal level, Prime Minister John Diefenbaker, a civil liberties advocate, was convinced that Canada needed a national bill of rights that would have a superior status to other laws. Unfortunately, he was unable to obtain the broad provincial consensus required to entrench such a bill in the Constitution. Instead, he was forced to settle for a bill that was an ordinary enactment of Parliament and which applied only to matters under the jurisdiction of the federal government. Diefenbaker believed, however, that because of its very nature the courts would use such a bill to nullify federal legislation that conflicted with its provisions.

The *Bill of Rights*, which was enacted in 1960, is a relatively straightforward document. Section 1 guarantees the right to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, unless deprived thereof by due process of the law; the right to equality before

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the law and the protection of the law; and the freedoms of religion, speech, assembly, association and the press. Moreover, it provides that these rights and freedoms are to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex.

Section 2 of the *Bill of Rights* guarantees a number of rights that had already been developed by judges through the common law to protect the civil liberties of an individual when confronted with the judicial system. For example, all Canadians have the right not to be arbitrarily detained or imprisoned. No one can be arrested or detained without knowing the reason, and detainees have the right to retain a lawyer without delay. Section 2 also confirms the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice. Finally, the section contains a "notwithstanding" clause, which provides that every law of Canada shall, unless expressly declared otherwise, be construed and applied so as not to abrogate any of the rights or freedoms recognized in the *Bill of Rights*.

The problem faced by the judiciary was how, in a system of legislative supremacy, an ordinary statute like the *Bill of Rights* could take precedence over other ordinary statutes, particularly those enacted after it. Indeed, the judiciary made it quite clear that it felt a great deal of uncertainty about applying the statute because it did not constitute a constitutional mandate to make judicial decisions with the effect of limiting the traditional sovereignty of Parliament. In fact, with only one notable exception, the courts consistently rendered the *Bill of Rights* ineffective in the promotion and protection of human rights in Canada. Often, it was determined that the *Bill of Rights* did not apply to a particular case on the basis that the rights it could protect were only those that had existed at the time of its enactment. In other words, the courts gave an extremely narrow interpretation, often referred to as the "frozen rights concept," to the rights set out in the *Bill of Rights*. In other cases, the courts simply refused to find any inconsistency between its provisions and discriminatory provisions in federal legislation, particularly as the legislation at issue was usually based on a valid federal objective with which the courts felt they had no right to interfere.

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

It is not surprising, then, that at the same time as the courts were giving short shrift to the federal *Bill of Rights*, there was a flourishing of provincial human rights legislation, the administration and application of which was largely taken out of the hands of the courts and confined to administrative agencies in the form of human rights commissions and tribunals. The first human rights code to consolidate various anti-discrimination provisions was adopted by Ontario in 1962. The Act prohibited discrimination on the grounds of race, creed, colour, nationality, ancestry or place of origin, and it established a commission and a full-time staff to administer and enforce the law. The other nine provinces and two territories soon enacted similar legislation. In 1977, the federal government enacted the *Canadian Human Rights Act*, which had strictly federal jurisdiction.

While there is today some diversity among jurisdictions, the principles and enforcement mechanisms of human rights legislation in Canada are essentially the same. Each Act prohibits discrimination on specified grounds (such as race, sex, age and religion) in respect of employment, accommodation and publicly available services. The system is complaint-based in that a complaint must be lodged with a human rights commission or council either by a person who believes that he or she has been discriminated against, or by the commission itself on the basis of its own investigation. If a complaint is determined to be well founded, the commission generally attempts to conciliate the difference between the complainant and the respondent. Where conciliation fails, a tribunal may be formed to hear the case and make a binding decision.

Despite the tremendous success of human rights commissions in dealing with cases of discrimination, their jurisdiction is severely limited and they are essentially self-contained in the sense that their findings are enforceable only by means of special procedures and remedies set out in the legislation itself, and not by ordinary recourse through the court system. As recently as 1981, the Supreme Court of Canada, still conditioned to looking to the legislature for the ultimate answer, affirmed this restrictive nature of human rights codes and thereby continued to lay the burden of policy-making on the legislature. In the case of *Board of*

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Governors of Seneca College of Applied Arts and Technology v. *Bhadauria* (1981), 124 D.L.R. (3d) 193, the Court held that the *Ontario Human Rights Code* must be interpreted as having been intended to restrict the enforcement of its discrimination prohibitions to the measures established by the Code itself, and not to vest any supplementary enforcement responsibility in the courts. The decision effectively eliminated the argument that the very existence of anti-discrimination legislation meant that discrimination, in and of itself, could constitute a civil action for damages before the courts.

Therefore, despite the tremendous legislative initiative dealing with rights violations, the system of human rights law in Canada developed in a peculiarly de-centralized manner. Even with the establishment of a national *Bill of Rights*, the refusal by the courts in any way to weaken the political principle of legislative supremacy, effectively denied Canadians the benefit of a universally applicable human rights statute.

THE ADVENT OF THE CHARTER

By virtue of the *Constitution Act, 1982*, the British Parliament ceased to have authority to legislate for Canada; however, perhaps the most significant element of this historic document is the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees Canadians fundamental rights and freedoms. While the Charter represents a culmination of the Canadian trend away from the British approach of an unwritten constitution as the preferred method of protecting fundamental freedoms, a trend which began with the adoption of the statutory *Bill of Rights*, it is important to note that most of the Charter rights were already protected by statute or common law prior to 1982. What is significant, then, is the enhanced legal status which the Charter accords these rights simply by placing them in an entrenched constitution. Moreover, section 52 of the *Constitution Act, 1982* expressly states that "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect." Thus, the Charter expressly

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

modified the tradition of parliamentary supremacy with the principle of constitutional supremacy and thereby ushered in a whole new era of judicial review.

Thus, in 1982, the Canadian courts finally received a clear mandate not only to determine whether the laws passed by federal and provincial legislative bodies violate the rights and freedoms granted by the Charter, but to strike down those which do not conform to the Charter's precepts. The question remains, however, to what extent the courts will use their new role to alter the doctrine of parliamentary supremacy and even the structure of federalism itself. In order to answer this question properly, it is useful to study the rulings of the Supreme Court of Canada, as it is this court that generally sets the tone for the entire judicial system.

During the first years of the Court's treatment of the Charter, a clear signal was sent out that the Charter was to be given a large and liberal interpretation. The Court emphasized that the task of interpreting a constitution was crucially different from that of construing a statute such as the *Bill of Rights*. In *Hunter* v. *Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Chief Justice Dickson urged his fellow judges "not to read the provisions of the Constitution like a last will and testament lest it become one." Charter interpretation, according to the Chief Justice, must be generous rather than legalistic. These words were equally matched by a boldness of decision-making. For example, while section 32 of the Charter declared that its provisions applied to all matters within the authority of Parliament and the legislatures of the provinces, the Court in the 1985 *Operation Dismantle* case embraced a broad concept of judicial review in its scrutiny of the federal Cabinet's decision to allow the testing of the cruise missile over Canadian territory. While the Court held that the executive branch of the Canadian government has a duty to act in accordance with the dictates of the Charter, no violation of Charter rights was established in this case. As well, in the area of legal rights, the Court used the Charter to alter the Canadian criminal process away from a "crime control" model to a more "due process" approach that protected the rights of the accused.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Perhaps the height of the non-interpretive approach adopted by the Court in the first years of the Charter was reached in the case of *Reference Re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In that case, the Court dealt with section 7 of the Charter, which guarantees the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. The Court held that the principles of fundamental justice embraced a substantive as well as a procedural due process requirement. Thus, an element of mental intent is constitutionally required for any offence for which the accused could be liable to the punishment of imprisonment. This meant that punishment of an offence automatically on the basis of the act alone, without evidence of intent, was unconstitutional. This decision ultimately had broad implications for the crime of murder, which had traditionally included acts wherein the accused must either have foreseen, or ought to have foreseen, death as a probable, though unintentional, result.

Finally, it is worth noting that the Court's initial nullification of 19 pieces of legislation by way of the Charter is in sharp contrast with the Court's prior exercise of deferential judicial review under the *Bill of Rights*, pursuant to which the Court struck down only part of one statute, in fact an obscure section of the *Indian Act*. Therefore, not only were the judges of the Supreme Court strongly activist in the first few years of the Charter, but in virtually all cases they were also unanimous.

After about 1985, it became evident that not only was the opinion of the Court beginning to be divided amongst its various judges, but a growing sense of caution and judicial self-restraint began to emerge in its judgments. A good illustration of this restraint is found in the 1990 mandatory retirement decision of the Court. One of the issues in this case was the extent to which statutory limits on the prohibition of age discrimination in the *Ontario Human Rights Code* violated the equality guarantees of the Charter. The Court had no hesitation in finding that the particular provisions of the Code violated section 15 of the Charter. The Court went on, however, to uphold the legislation, pursuant to section 1

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

of the Charter, on the basis that the age limitation is demonstrably justified. The Court pointed out that the courts should not lightly use the Charter to second-guess legislative judgment as to how quickly it should proceed towards the ideal of equality. This a clear sign of the continued existence of legislative deference within the Court.

In assessing the recent changes in the Court, it is useful to keep in mind the nature of judicial policy-making that is involved under the Charter. Essentially the courts make human rights policies in two ways. The first is to define the specific content of the rights and freedoms enshrined in the Charter. For example, it must be determined whether "freedom of association" contains a right to strike; whether the "right to life" covers a fetus: and whether the "right to equality" prohibits systemic discrimination. Secondly, the courts must decide whether a government objective that violates a right, once it is defined, can be considered justified pursuant to section 1 of the Charter. Section 1 applies to all rights and freedoms under the Charter and subjects them to "such reasonable limitations prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Therefore, section 1 involves a highly discretionary balancing test between the policy interests of the government and the interest in the Charter litigant in having his or her rights upheld. It is important to recognize that section 1 represents one of two concessions to parliamentary sovereignty under the Charter. The second is section 33 ("the notwithstanding clause"), which permits the federal and provincial legislatures to enact laws which violate some, but not all, of the rights and freedoms enumerated by the Charter, but only for maximum periods of five years.

As a result of the Charter, the Supreme Court now routinely finds itself struggling to weigh and balance policy interests, something very new to the judicial forum and something the judges feel ill-equipped to do. As a result, the Court would appear to have divided into two wings. The activist wing continues to give broad and generous interpretations to Charter rights and applies a stringent section 1 test. The other wing exemplifies the philosophy of judicial self-restraint and therefore tends to give a narrower or purposive interpretation to Charter rights and

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

is more receptive to section 1 defences. As this paper is written, the Court is still seeking to establish some kind of equilibrium between its own role and that of the elected legislatures.

CONCLUSION

As a result of a federal structure with a division of legislative powers, plus a constitutional revision in 1982, human rights in Canada are entrenched in the Constitution as well as being safeguarded in legislation at the federal, provincial and territorial levels. The creation of the Charter did not eliminate existing human rights legislation or diminish the importance of human rights. To the contrary, not only does the Charter itself in section 26 guarantee the continuation of existing rights and freedoms in Canada, but the advent of the Charter also had the profound effect of freeing the courts from the constraint of the doctrine of parliamentary supremacy in the interpretation and enforcement of human rights statutes. In the post-Charter era, both the *Bill of Rights* and the federal and provincial human rights codes were given "quasi-constitutional" status by the Supreme Court and this served to place them above ordinary legislation.

Thus, the *Bill of Rights* continues in force in Canada and its importance lies in those provisions which the Charter does not duplicate - for example, the right to the enjoyment of property (section 1(a)). The federal and provincial human rights codes also continue to play a significant role in the promotion and protection of human rights because they are concerned with private acts of discrimination, whereas the application of the Charter is limited to governmental action. However, because human rights legislation is law, the reach of the Charter may well extend to private acts of discrimination through judicial interpretations of the prohibited grounds of discrimination and any statutory exceptions to such prohibitions found in these statutes. Moreover, just as decisions rendered under the Charter will be used in human rights hearings, so too will human rights decisions be used in interpreting the Charter. While it may seem odd to speak of the effect of a federal or provincial statute on a

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

document such as the Charter, the human rights codes, like the *Bill of Rights*, have a history of significant decisions which can be useful tools in Charter interpretation.

Therefore, the combined mechanisms of the Charter, the *Bill of Rights* and the federal and provincial human rights codes, in conjunction with the expanded role of the courts, today provide Canadians with a comprehensive scheme of human rights promotion and protection.

SELECTED REFERENCES

Cholewinski, Ryszard I., ed. *Human Rights in Canada: Into the 1990s and Beyond*. Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, Ottawa, 1990.

Greene, Ian. *The Charter of Rights*. James Lorimer & Company, Toronto, 1989.

Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Wall & Thompson, Toronto, 1989.

McLachlin, Beverly M. "The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjucator." 39 *University of New Brunswick Law Journal* 43, 1989.

Morton, F.L. "The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms." *Canadian Journal of Political Science*, XX:1, March 1987, p. 31.

Pentney, William F. *Discrimination and the Law*. De Boo Publishers, Don Mills, 1990.

Étude générale BP-279F

LES DROITS DE LA PERSONNE ET LES TRIBUNAUX

Nancy Holmes
Division du droit et du gouvernement

Novembre 1991

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

N° de cat. YM32-2-279F

ISBN 0-660-93781-6

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES DROITS DE LA PERSONNE ET LES TRIBUNAUX

INTRODUCTION

Universellement reconnue en principe, la notion de "droits de la personne" n'a pourtant pas de définition précise et n'est ni abordée ni comprise de la même façon par tout le monde. En fait, le mot "droit" est en soi un terme ambigu. Dans son sens juridique le plus strict, il peut désigner ce qu'une personne peut exiger d'une autre. Dans d'autres cas, il désigne la liberté d'agir sans entrave. Pour parler de droits de la personne, il faut donc avoir une idée assez nette des droits qu'on possède du simple fait qu'on appartient à la famille humaine. Quelques généralisations sont permises à cet égard. Les droits de la personne tendent à représenter les exigences individuelles et collectives de respect mutuel et d'accès à la richesse et au pouvoir. Ils sont justifiables tant juridiquement que moralement et appartiennent à tout membre de la collectivité humaine. La plupart des droits font l'objet de certaines limites ou réserves, ordinairement fondées sur le principe que tout privilège conféré par un droit impose l'obligation de tolérer les droits des autres. Enfin, les droits de la personne sont habituellement répartis entre droits fondamentaux et droits non fondamentaux.

Il importe de comprendre, bien que ce ne soit pas toujours admis, que la protection des droits de la personne relève de la politique de l'État. Les controverses à ce sujet tournent le plus souvent autour de la question de savoir si les exigences personnelles des individus et leurs obligations envers d'autres doivent être considérées comme prioritaires. Il est rarement possible de trouver une réponse à cette question en se reportant aux principes traditionnels du droit parce qu'en réalité, l'affaire est de nature politique. La protection des droits de la personne nécessite des comparaisons constantes entre différents objectifs légitimes.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Du point de vue de la politique de l'État, ces droits se répartissent généralement en quatre grandes catégories: 1) les droits politiques, qui comprennent par tradition la liberté d'association, de réunion et d'expression, la liberté de la presse et la liberté de conscience et de religion; 2) les droits juridiques, qui comprennent l'égalité devant la loi, le droit à l'application régulière de la loi, la protection contre l'arrestation arbitraire, le droit à un procès équitable et le droit de recourir à l'assistance d'un avocat; 3) les droits économiques, qui comprennent le droit à la propriété et le droit de passer un contrat; et 4) les droits à l'égalité, qui comprennent le droit à l'emploi, à l'éducation, au logement et aux services, sans discrimination fondée sur la race, l'origine, l'âge ou le sexe.

La meilleure façon pour un régime politique de protéger les droits de la personne varie dans une large mesure selon les circonstances et la culture. L'approche canadienne s'est inspirée tant de la tradition libérale britannique, qui se fonde sur les lois générales et les parlements élus, que de la tradition libérale américaine, basée sur une constitution écrite et sur la jurisprudence. Pour examiner les différents mécanismes de protection des droits de la personne au Canada, il est utile de considérer trois périodes distinctes.

Dans la première, qui va de la Confédération à 1960, les législateurs fédéraux et provinciaux étaient les premiers responsables de la sauvegarde des droits et principes hérités du Royaume-Uni. Les tribunaux ne jouaient alors qu'un rôle mineur en préservant les principes de *common law* qui s'étaient développés pour protéger ces droits. Malgré l'existence de bases juridiques permettant d'agir, les tribunaux et les législateurs préféraient en général éviter d'aborder les questions liées aux droits de la personne, sauf comme points périphériques. La deuxième période a commencé avec l'avènement de la *Déclaration canadienne des droits* et l'adoption de codes de droits de la personne aux niveaux fédéral et provincial. Les assemblées législatives ont alors expressément invité les tribunaux à jouer un plus grand rôle dans le règlement des litiges liés aux droits de la personne, mais leur initiative n'a en pratique produit aucun

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

résultat. Il a fallu attendre l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, soit au début de la troisième période, pour que les tribunaux obtiennent le mandat constitutionnel dont ils estimaient avoir besoin pour se prononcer sur la validité des mesures législatives, ce qu'ils avaient commencé à faire afin de s'assurer qu'elles respectaient les droits et libertés conférés par la Charte.

DE LA CONFÉDÉRATION À LA DÉCLARATION DES DROITS

Il a été décidé, au moment de la Confédération, que le Canada adopterait la forme de gouvernement parlementaire qui s'était développée au Royaume-Uni et dont l'un des principes dominants était la doctrine de la suprématie parlementaire, en vertu de laquelle le pouvoir législatif était habilité à déterminer les attributions des pouvoirs exécutif et judiciaire. Le Canada a adopté ce principe dans le préambule de *l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, maintenant connu sous le nom de *Loi constitutionnelle de 1867*, où il est précisé que le pays doit se doter d'une constitution "reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni". Cela signifie donc que la constitution canadienne comprend implicitement les éléments non écrits de la constitution britannique, y compris les notions de primauté du droit et de suprématie parlementaire. Cette dernière notion ne pouvait cependant pas s'appliquer chez nous exactement de la même façon qu'au Royaume-Uni: le Canada étant un État fédéral, aucune assemblée législative n'y possédait l'autorité suprême dans tous les domaines. Le Parlement fédéral et les assemblées provinciales ne détenaient le pouvoir que dans les champs de compétence que la Constitution leur attribuait.

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait également l'établissement, par le gouvernement fédéral, d'un pouvoir judiciaire chargé non seulement des fonctions traditionnelles de règlement des litiges entre les individus et d'interprétation des lois en fonction de l'intention des législateurs, mais aussi d'une troisième fonction découlant du régime fédéral du nouveau pays: le règlement des litiges relatifs à la division constitutionnelle des pouvoirs entre le Parlement fédéral et les assemblées

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

législatives provinciales. Ainsi, au moment de la Confédération, les relations entre les tribunaux et les autres organes du gouvernement étaient clairement définies. Le Parlement fédéral et les assemblées provinciales faisaient les lois, l'exécutif les appliquait et le judiciaire n'avait d'autre fonction que d'interpréter ces lois établies et administrées par les autres organes du gouvernement. De plus, jusqu'en 1949, c'était le Comité judiciaire du Conseil privé d'Angleterre plutôt que la Cour suprême qui constituait le tribunal de dernière instance du Canada.

La *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait aucune mention précise de droits de la personne ou de libertés fondamentales. Bien que le paragraphe 92(13) confère aux assemblées provinciales le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils, la Loi ne mentionne aucun droit civil individuel. Elle confère certains droits collectifs relatifs à l'établissement et à l'exploitation d'écoles confessionnelles (catholiques et protestantes) et à l'utilisation de l'anglais et du français, mais il faut bien admettre que les tribunaux n'ont pas fait grand-chose pour assurer le respect de ces garanties avant tout récemment. Vers le début du XX[e] siècle, certains juristes étaient d'avis que le préambule de la loi constitutionnelle transmettait aux Canadiens la tradition des libertés civiles qui s'était développée au Royaume-Uni avant 1867 et qui faisait partie de la constitution non écrite de ce pays. Comme nous le verrons, cependant, les tribunaux rejetaient cette interprétation de la Constitution lorsqu'il n'était pas clair que telle avait été l'intention de ses auteurs, surtout à un moment où le principe de la suprématie parlementaire était devenu quasi sacré.

Durant cette période, les juges ont en général estimé qu'il ne leur appartenait pas d'empêcher les violations législatives des droits de la personne, sauf si les lois sur lesquelles ces violations se fondaient étaient contraires à la division constitutionnelle des pouvoirs. En 1899, par exemple, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres a infirmé une loi de la Colombie-Britannique interdisant aux personnes d'origine chinoise de travailler dans les mines parce qu'elle empiétait sur les pouvoirs fédéraux en matière de naturalisation et d'étrangers. Par ailleurs, le Comité judiciaire a confirmé une autre loi de la Colombie-Britannique qui

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

privait du droit de vote les Canadiens d'origine asiatique, estimant qu'elle s'inscrivait dans le cadre des compétences provinciales. Dans les deux cas, le Comité, s'appuyant sur le principe de la suprématie parlementaire, avait noté que les juges n'avaient pas à se prononcer sur le bien-fondé des mesures législatives en cause.

Les tribunaux laissaient donc toutes les décisions de nature politique aux législateurs, même dans les domaines dits de *"common law"* que le Parlement n'avait jamais abordés et qui n'avaient fait l'objet que de décisions strictement judiciaires. Sans instructions législatives explicites, les juges n'étaient pas disposés à déclarer immorales ou illégales les violations des droits de la personne. Ainsi, dans le domaine de la discrimination raciale, la Cour suprême du Canada a toujours appuyé les principes de la liberté du commerce et des contrats, indépendamment du caractère flagrant de la discrimination qui en résultait. Dans l'affaire *Christie* c. *York Corporation*, [1940] R.C.S. 139, un Noir qu'on avait refusé de servir dans une taverne a réclamé des dommages-intérêts pour l'humiliation subie, en se fondant sur le principe de la responsabilité délictuelle de la *common law*. La Cour suprême l'a débouté, estimant qu'en vertu du principe de la liberté du commerce, les marchands sont libres de traiter comme ils l'entendent un membre du public. La même année, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également jugé que toute personne pouvait mener ses affaires au mieux de ses propres intérêts, même si cela l'amenait à agir d'une manière discriminatoire à l'égard de certains clients, exclusivement en fonction de leur race ou de la couleur de leur peau.

Cependant, à partir des années 30, quelques juges ont essayé de se servir du préambule de la Constitution pour trouver, en sus des principes de la *common law*, de nouveaux moyens de protéger les droits de la personne au Canada. Dans l'affaire de *l'Alberta Press Bill*, le gouvernement fédéral a demandé à la Cour suprême du Canada de se prononcer sur la constitutionnalité d'un ensemble de mesures législatives adoptées par le gouvernement du Crédit social en Alberta pour tenter de sortir la province de la crise économique de 1929. L'une de ces mesures conférait à un organisme provincial, le Social Credit Board, le pouvoir d'interdire la publication d'un journal, de l'obliger à imprimer des corrections à des

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

articles jugés inexacts et de l'empêcher de publier des articles de personnes portées sur une "liste noire". Le gouvernement albertain justifiait ces dispositions en affirmant que les réformes monétaires qu'il cherchait à mettre en oeuvre ne pouvaient être efficaces que si la population y croyait. La Cour suprême a jugé unanimement, en se fondant sur la division constitutionnelle des pouvoirs, que les mesures en cause étaient inconstitutionnelles parce qu'elles empiétaient sur les pouvoirs fédéraux en matière de banques, d'intérêt et de monnaie légale. Cependant, ce jugement se distinguait par le fait que trois des juges estimaient également que les mesures législatives étaient contraires au principe, garanti par la Constitution, de la liberté de la presse.

Le juge en chef Duff a basé son opinion à cet égard sur le fait que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* transmettait au Canada les libertés civiles du Royaume-Uni, y compris la liberté de la presse et la liberté d'expression. De plus, il était d'avis que la Constitution établissait la Chambre des communes à titre de corps représentatif élu, devant donc nécessairement agir sous l'influence de l'opinion publique, et que la liberté de la presse était par conséquent un élément essentiel de la démocratie.

La "doctrine Duff" n'était cependant pas conciliable avec le principe de la suprématie parlementaire et elle a, de ce fait, été rejetée par la majorité des juges de la Cour suprême. Pour admettre l'existence d'une déclaration de droits implicite pouvant être mise en vigueur par les tribunaux, il aurait fallu restructurer en profondeur le régime politique canadien et reconnaître les principes constitutionnels appliqués par les juges britanniques. En faisant respecter les libertés civiles par voie judiciaire, on aurait en définitive limité les pouvoirs du Parlement et des assemblées législatives et remis en question toute la notion de la suprématie parlementaire. De plus, parce qu'une déclaration de droits implicite aurait consisté en principes abstraits et en jugements portant sur la nature de tels principes, elle aurait été encore moins claire qu'une déclaration écrite. Par conséquent, le pouvoir judiciaire canadien de l'époque a naturellement préféré s'abstenir d'emprunter cette voie aussi audacieuse qu'inconnue. De ce fait, la Cour suprême du Canada, même

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

lorsqu'elle est devenue la dernière instance judiciaire du pays après 1949, n'a rendu de jugements favorables aux libertés civiles qu'en fonction de la division constitutionnelle des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces.

L'ÈRE DE LA DÉCLARATION DES DROITS

Après la Seconde Guerre mondiale, la question des droits de la personne a pris une place de premier plan parmi les préoccupations tant nationales qu'internationales. Non seulement les Canadiens avaient-ils été témoins d'atrocités commises dans d'autres pays, mais la suspension des droits des Canadiens d'origine japonaise, la confiscation de leurs biens et leur internement pendant la guerre avaient profondément sensibilisé la population à la question des droits de la personne. Il convient ici d'examiner brièvement les documents internationaux les plus importants relatifs aux droits de la personne qui ont été adoptés après la guerre, car il ne faudrait pas sous-estimer leurs effets sur les lois et les pratiques nationales.

La révélation des crimes commis par les Nazis pendant la Seconde Guerre mondiale a joué le rôle de catalyseur dans l'adoption par les Nations Unies, en 1948, de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*. Le principal objectif de ce document était d'énoncer, en termes généraux, les droits fondamentaux de tous les êtres humains: le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, le droit à la vie privée, le droit à la propriété ainsi que la liberté d'expression, de circulation, de conscience et de réunion pacifique. Même si, comme son titre l'indique, la Déclaration universelle ne constitue qu'un document déclaratoire ne liant pas les pays membres des Nations Unies, elle a pris sa place dans le droit coutumier international et, de ce fait, inspiré les nombreux documents internationaux sur les droits de la personne qui ont suivi.

En 1966, l'Assemblée générale des Nations Unies a ajouté trois documents à la Déclaration universelle: le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, le *Pacte*

RECYCLÉ/RECYCLE

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

international relatif aux droits civils et politiques et le *Protocole facultatif du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Ces documents sont désignés collectivement sous le titre de Charte internationale des droits de l'Homme. Le principal effet des documents de 1966 a été de préciser et d'étendre les droits énoncés dans la Déclaration universelle et d'établir des mécanismes de mise en vigueur par l'entremise des Nations Unies. Le Canada a joué un rôle actif à cet égard et a depuis déployé d'importants efforts pour protéger ces droits à l'échelle nationale.

Par suite de la prise de conscience, par le public canadien, de la nécessité de protéger les droits de la personne au Canada et en raison de la réticence évidente du pouvoir judiciaire à prendre position sur cette question, il incombait au Parlement fédéral et aux assemblées législatives provinciales d'adapter les lois du pays aux engagements que ce dernier avait pris à l'échelle internationale. Comme nous l'avons noté plus haut, la *Loi constitutionnelle de 1867* ne mentionne pas directement le domaine des droits de la personne dans sa répartition des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces. Les dispositions les plus susceptibles d'être rattachées à ce domaine concernent le pouvoir fédéral "de faire des lois pour la paix, l'ordre et de bon gouvernement" (art. 91) et le pouvoir provincial en matière de propriété et de droits civils (art. 92). En raison de ce chevauchement de compétences, les deux paliers de gouvernement se sont intéressés aux droits de la personne, mais ce sont les provinces qui ont le plus souvent pris l'initiative.

La première loi contemporaine sur les droits de la personne a été adoptée en Ontario en 1944; il s'agit de la *Racial Discrimination Act*, qui interdisait la publication, l'affichage et la diffusion de tout matériel reflétant une intention de discrimination fondée sur la race ou la croyance. Cette mesure revêtait une importance particulière parce que, pour la première fois, une assemblée législative provinciale y déclarait explicitement que la discrimination raciale et religieuse était contraire à la politique du gouvernement et, par conséquent, que l'appareil judiciaire ne pouvait plus simplement subordonner les droits de la personne à des intérêts commerciaux, contractuels ou relatifs à des biens. En 1947, la

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Saskatchewan a adopté la première déclaration des droits au Canada qui, en sus de ses dispositions anti-discrimination, proclamait des droits politiques tels que le droit de vote, la liberté de religion et d'expression, la liberté de la presse, la liberté de réunion et d'association, et la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires. Cette mesure ambitieuse avait cependant le grand inconvénient de manquer d'une procédure efficace de mise en vigueur. Elle a été suivie par l'adoption, dans diverses provinces, de mesures législatives portant sur l'emploi et d'autres pratiques, qui comprenaient des mécanismes de mise en vigueur, mais n'établissaient pas d'organismes ayant un personnel à temps plein chargé de les appliquer. Ces lois ont servi de prototypes pour les codes provinciaux modernes des droits de la personne.

Au niveau fédéral, le premier ministre John Diefenbaker, fervent partisan des libertés civiles, était convaincu que le Canada avait besoin d'une déclaration nationale des droits ayant priorité sur les autres lois. Malheureusement, n'ayant pas réussi à obtenir le large consensus provincial nécessaire pour faire inscrire une telle déclaration dans la Constitution, il a dû se contenter d'une simple loi dont l'application se limitait au champ de compétence fédéral. M. Diefenbaker croyait cependant qu'à cause de la nature de cette loi, les tribunaux s'en serviraient pour infirmer les lois fédérales contraires à ses dispositions.

La *Déclaration canadienne des droits* adoptée en 1960 est un document relativement simple. L'article 1[er] garantit le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne et à la jouissance de ses biens, à moins qu'une personne en soit privée par l'application régulière de la loi; le droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi; ainsi que la liberté de religion, de parole, de réunion et d'association et la liberté de la presse. De plus, la Déclaration proclame que ces droits et libertés sont acquis à toute personne au Canada, indépendamment de sa race, de son origine nationale, de sa couleur, de sa religion ou de son sexe.

L'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* garantit un certain nombre de droits établis par les juges, dans le cadre de la *common law*, afin de protéger les libertés civiles individuelles face au

RECYCLED / RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

système judiciaire. Par exemple, tous les Canadiens sont protégés contre la détention et l'emprisonnement arbitraires. Nul ne peut être arrêté ou détenu sans en connaître la raison et toute personne arrêtée a le droit de recourir sans délai à l'assistance d'un avocat. L'article 2 confirme également le droit de quiconque à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale. Enfin, l'article renferme une clause de dérogation prévoyant que toute loi du Canada doit, à moins de dispositions explicites à l'effet contraire, être interprétée et appliquée de façon à ne pas porter atteinte aux droits et libertés reconnus dans la Déclaration.

La *Déclaration canadienne des droits* posait un problème au système judiciaire: comment, dans un régime de suprématie parlementaire, une loi ordinaire pouvait-elle avoir priorité sur d'autres lois ordinaires, surtout si celles-ci lui étaient postérieures? Les tribunaux ont clairement montré qu'ils hésitaient beaucoup à appliquer la Déclaration parce qu'elle ne leur conférait pas le mandat constitutionnel de prononcer des jugements pouvant limiter la souveraineté traditionnelle du Parlement. En fait, sauf une seule exception digne de mention, les juges ont constamment refusé de se servir de la *Déclaration canadienne des droits* pour promouvoir et protéger les droits de la personne au Canada. Ils ont souvent jugé qu'elle ne s'appliquait pas dans un cas particulier parce que les droits qu'elle protégeait se limitaient à ceux qui existaient au moment de son adoption. Autrement dit, les tribunaux ont donné une interprétation extrêmement étroite aux droits énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* (concept des "droits gelés"). Dans d'autres cas, ils ont tout simplement refusé de déclarer des dispositions discriminatoires de lois fédérales incompatibles avec la Déclaration, surtout que ces lois se fondaient ordinairement sur des objectifs fédéraux valides sur lesquels les tribunaux n'avaient aucun droit de regard.

Il n'est donc pas surprenant de constater que, devant cette attitude des tribunaux, les provinces aient adopté durant cette période une foule de lois sur les droits de la personne dont l'application échappait en pratique aux tribunaux et était confiée à des organismes administratifs appelés commissions ou tribunaux des droits de la personne. L'Ontario a été la première province à adopter, en 1962, un code de droits regroupant ses diverses mesures anti-discrimination et interdisant les distinctions

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

fondées sur la race, la croyance, la couleur, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine. L'Ontario a en outre créé une commission dotée d'un personnel à plein temps, chargée d'administrer le code. Peu de temps après, les neuf autres provinces et les deux territoires ont adopté des mesures semblables et, en 1977, le gouvernement fédéral a adopté la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui ne s'appliquait que dans le champ de compétence fédéral.

Bien qu'il existe aujourd'hui des différences entre les codes de droits appliqués au Canada, les principes et les mécanismes de mise en vigueur de ces codes sont essentiellement les mêmes. Chacun interdit la discrimination fondée sur des motifs particuliers, comme la race, le sexe, l'âge et la religion, dans les domaines de l'emploi, du logement et des services offerts au public. Le système se base sur des plaintes présentées à une commission des droits de la personne soit par une personne estimant avoir été victime de discrimination, soit par la commission elle-même en fonction de ses propres enquêtes. Si une plainte est jugée fondée, la commission essaie en général d'en arriver à une entente à l'amiable entre le plaignant et l'intimé. Si ses efforts de conciliation n'aboutissent pas, un tribunal peut être constitué pour étudier le cas et rendre une décision exécutoire.

Malgré les progrès considérables réalisés par les commissions des droits de la personne dans la lutte contre la discrimination, leur champ de compétence demeure extrêmement limité et leurs pouvoirs sont restreints puisqu'ils ne peuvent s'exercer que par voie de procédures et de mesures spéciales explicitement énoncées dans leur loi organique et qu'un plaignant ne peut faire valoir ses droits par un simple recours aux tribunaux. Jusqu'en 1981, la Cour suprême du Canada, toujours aussi déterminée à laisser aux assemblées législatives la réponse ultime à toutes les questions, a réaffirmé la nature restrictive des codes des droits de la personne et la responsabilité exclusive des législateurs en matière de définition des politiques. Dans l'affaire du *Board of Governors of Seneca College of Applied Arts and Technology* c. *Bhadauria* (1981), 124 D.L.R. (3d) 193, la Cour a jugé que l'intention des auteurs du Code ontarien était de limiter l'application de ses dispositions

RECYCLED-RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

anti-discrimination aux mesures explicitement énoncées dans le Code et non d'attribuer aux tribunaux des responsabilités supplémentaires de mise en vigueur de ces dispositions. Ce jugement invalidait de fait l'argument selon lequel l'existence même d'une loi anti-discrimination permettait d'invoquer la discrimination, en soi, comme base de poursuites civiles en dommages et intérêts devant les tribunaux.

Ainsi, malgré l'intense activité législative dans le domaine de la violation des droits de la personne, le système des lois portant sur ces droits s'est développé au Canada d'une manière singulièrement décentralisée. Même après l'adoption d'une *Déclaration canadienne des droits*, le refus par les tribunaux d'affaiblir de quelque façon que ce soit le principe politique de la suprématie parlementaire a en pratique privé les Canadiens des avantages d'une loi d'application universelle sur les droits de la personne.

L'AVÈNEMENT DE LA CHARTE

La *Loi constitutionnelle de 1982* a enlevé au Parlement britannique le pouvoir de légiférer au nom du Canada. Cependant, l'élément le plus important de ce document historique est sans doute la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit aux Canadiens leurs droits et libertés fondamentaux. Bien que la Charte représente le point culminant du mouvement tendant à s'écarter de la tradition britannique de protection des libertés fondamentales au Canada au moyen de dispositions constitutionnelles non écrites, mouvement qui s'était amorcé avec l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, il ne faut pas perdre de vue que la plupart des droits énumérés dans la Charte étaient déjà protégés par des lois écrites ou par la *common law* avant 1982. L'aspect le plus significatif de la Charte est donc le fait qu'elle accorde à ces droits un statut juridique privilégié en les inscrivant dans une constitution écrite. De plus, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* stipule expressément: "La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit". Par conséquent, la Charte substitue explicitement le

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

principe de la suprématie de la Constitution à la tradition de la suprématie parlementaire, ouvrant donc la voie à une toute nouvelle ère de révision judiciaire.

Ainsi, les tribunaux canadiens ont finalement obtenu en 1982 un mandat clair les chargeant non seulement de déterminer si les lois fédérales et provinciales violent les droits et libertés garantis par la Charte, mais aussi d'infirmer les lois non conformes aux préceptes de cette dernière. On peut cependant se demander dans quelle mesure les tribunaux se serviront de ce mandat pour modifier la doctrine de la suprématie parlementaire et même la structure du fédéralisme canadien. Pour répondre à cette question d'une manière appropriée, il est utile d'examiner les jugements de la Cour suprême, puisque c'est ce tribunal qui donne ordinairement le ton à l'ensemble du système judiciaire.

Durant les premières années d'application de la Charte, la Cour suprême a clairement indiqué qu'il convenait de lui donner une interprétation aussi large que libérale, en insistant sur le fait que l'interprétation d'une constitution est une tâche très différente de l'interprétation d'une loi telle que la *Déclaration canadienne des droits*. Dans l'affaire *Hunter* c. *Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge en chef Dickson a exhorté ses collègues à "ne pas lire les dispositions de la Constitution comme s'il s'agissait des clauses d'un testament" s'ils ne voulaient pas la voir se transformer en un tel document. D'après le juge en chef de la Cour suprême, l'interprétation de la Charte doit être généreuse plutôt que légaliste. Durant cette période, les jugements de la Cour ont reflété la même audace que ces paroles. Ainsi, même si l'article 32 de la Charte déclare que ses dispositions s'appliquent à tous les domaines relevant du Parlement et des assemblées législatives provinciales, la Cour a, dans l'affaire *Operation Dismantle*, adopté un large concept de révision judiciaire dans son examen de la décision du Cabinet fédéral de permettre des essais du missile de croisière au-dessus du territoire canadien. Bien que la Cour ait soutenu que le pouvoir exécutif est tenu d'agir conformément aux préceptes de la Charte, elle a décidé qu'il n'y avait pas de violation des droits protégés par cette dernière dans ce cas. De même, dans le domaine des droits juridiques, la Cour s'est basée sur la Charte pour modifier le système canadien de justice pénale, en l'écartant du

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

modèle de "lutte contre le crime" pour le rapprocher de plus en plus d'un modèle fondé sur la règle de droit, qui protège les droits de l'accusé.

Cette approche, que la Cour suprême a adoptée dans les premières années de la Charte, a probablement atteint son apogée dans l'affaire du *Renvoi concernant l'article 94(2) de la Loi sur la sécurité des véhicules automobiles,* [1985] 2 R.C.S. 486. Dans son jugement, la Cour a estimé que l'article 7 de la Charte, qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale, comprend une obligation d'application régulière de la loi tant sur le plan des principes que sur celui de la procédure. Par conséquent, il est nécessaire, d'après la Constitution, d'établir une intention mentale pour déclarer une personne coupable d'un délit punissable d'emprisonnement. Autrement dit, un délit basé exclusivement sur un acte, sans qu'il y ait preuve d'intention, est inconstitutionnel. Ce jugement a eu d'importantes répercussions sur le meurtre, qui a toujours compris des actes dont l'auteur doit ou devrait avoir prévu qu'ils causeraient probablement, même de façon non intentionnelle, la mort d'une personne.

Enfin, il est utile de noter que la Cour suprême, se basant sur la Charte, a, dans une première période, infirmé 19 lois, ce qui contraste singulièrement avec l'extrême prudence dont elle avait fait preuve après l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. En effet, elle n'avait alors invalidé qu'une seule disposition législative, qui n'était en réalité qu'un article obscur et relativement sans conséquence de la *Loi sur les Indiens*. On peut donc dire que non seulement les juges de la Cour suprême ont adopté une attitude fortement activiste dans les premières années qui ont suivi l'adoption de la Charte, mais qu'ils ont, dans presque tous les cas, rendu des jugements unanimes.

Cependant, après 1985, il est devenu évident que les juges de la Cour suprême ont commencé à former des groupes et qu'ils ont fait de plus en plus preuve de prudence et de retenue dans leurs jugements, comme en témoigne la décision de 1990 concernant la retraite obligatoire. Dans cette affaire, la Cour devait se prononcer, entre autres, sur la mesure dans laquelle les limites à l'interdiction de la discrimination en fonction de l'âge, prévues dans le Code ontarien des droits de la personne, étaient

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

contraires aux garanties d'égalité de la Charte. La Cour n'a pas hésité à déclarer que les dispositions en cause du Code violent l'article 15 de la Charte. Cependant, elle en a confirmé la validité en vertu de l'article 1, estimant qu'il était possible d'en démontrer la justification, et a souligné que les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la Charte pour infirmer la décision de législateurs concernant le rythme auquel il convient de progresser pour atteindre l'idéal de l'égalité. Ce jugement indique clairement que la Cour n'a pas tout à fait renoncé au principe de la suprématie parlementaire.

Pour évaluer l'évolution récente de l'attitude de la Cour suprême, il ne faut pas perdre de vue la nature de la définition judiciaire de la politique gouvernementale qu'implique la Charte. Les tribunaux établissent la politique des droits de la personne essentiellement de deux façons. La première consiste à définir le contenu précis des droits et libertés inscrits dans la Charte, en déterminant par exemple si la "liberté d'association" comprend le droit de grève, si le "droit à la vie" s'étend au foetus et si le "droit à l'égalité" interdit la discrimination systémique. En second lieu, les tribunaux doivent décider si un objectif du gouvernement qui viole un droit peut, une fois défini, être considéré comme justifié en vertu de l'article 1 de la Charte. L'article 1 constitue l'une des deux concessions faites à la souveraineté parlementaire en vertu de la Charte. La seconde concession figure à l'article 33, qui permet au Parlement fédéral et aux assemblées législatives provinciales d'appliquer des lois contraires à certains, mais pas à tous les droits et libertés énumérés dans la Charte, pendant une période maximale de cinq ans. Toutefois, l'article 1 s'applique à tous les droits et libertés, qui "peuvent être restreints [...] par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique". Par conséquent, l'application de cet article impose de porter un jugement hautement discrétionnaire sur l'équilibre à réaliser entre les intérêts politiques du gouvernement et les intérêts des personnes qui se prévalent de la Charte pour faire reconnaître un droit.

RECYCLED/RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Par suite de l'adoption de la Charte, la Cour suprême se trouve maintenant souvent obligée de peser et d'équilibrer des intérêts politiques. Pour le système judiciaire, c'est là une obligation très nouvelle, que les juges se sentent mal équipés pour assumer. En conséquence, la Cour semble s'être répartie en deux groupes. Le groupe activiste continue à donner des interprétations larges et généreuses des droits prévus dans la Charte et soumet l'application de l'article 1 à des conditions très strictes. L'autre groupe fait preuve de retenue et a donc tendance à donner une interprétation plus étroite ou plus précise des droits garantis par la Charte et se montre plus sensible aux arguments présentés en faveur de l'application de l'article 1. Au moment de la rédaction du présent document, la Cour cherchait encore à réaliser un certain équilibre entre son propre rôle et celui des assemblées législatives dûment élues.

CONCLUSION

À cause de la structure fédérale qui répartit les pouvoirs législatifs entre le Parlement et les assemblées provinciales et par suite de la réforme constitutionnelle de 1982, les droits de la personne au Canada sont à la fois inscrits dans la Constitution et protégés par des lois fédérales, provinciales et territoriales. L'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'a ni annulé les mesures législatives concernant les droits de la personne ni réduit leur importance. Bien au contraire, la Charte elle-même garantit à l'article 26 le maintien des autres droits et libertés qui existent au Canada. De plus, son adoption a eu pour principal résultat de libérer les tribunaux des restrictions que leur imposait la doctrine de la suprématie parlementaire dans l'interprétation et la mise en vigueur des lois portant sur les droits de la personne. Après 1982, la Cour suprême a accordé un statut "quasi constitutionnel" tant à la *Déclaration canadienne des droits* qu'aux codes de droits fédéral et provinciaux, ce qui a finalement permis à ces mesures d'avoir priorité sur les lois ordinaires.

Par conséquent, la *Déclaration canadienne des droits* demeure en vigueur au Canada. Elle reste importante parce que certaines de ses

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

dispositions, comme le droit de jouissance de ses biens (art. 1a), ne figurent pas dans la Charte. Les codes des droits de la personne du gouvernement fédéral et des provinces continuent également à jouer un rôle significatif dans la promotion et la protection des droits parce qu'ils s'étendent aux actes privés de discrimination, tandis que la Charte ne s'applique qu'à l'activité gouvernementale. Cependant, ces codes étant des mesures législatives, il est possible que l'application de la Charte s'étende aux actes privés de discrimination par voie d'interprétation judiciaire des motifs interdits de discrimination et des exceptions prévues dans les codes. De plus, tout comme les jugements rendus en vertu de la Charte seront utilisés dans les auditions concernant les droits de la personne, les décisions découlant de ces dernières contribueront à l'interprétation de la Charte. Il peut sembler étrange de parler ainsi des effets qu'une loi fédérale ou provinciale pourrait avoir sur un document tel que la Charte, mais il n'en demeure pas moins qu'il existe un grand nombre de précédents concernant les codes et la *Déclaration canadienne des droits* qui pourraient se révéler utiles dans l'interprétation de la Charte.

Par conséquent, les Canadiens bénéficient aujourd'hui d'un ensemble complet de mesures de promotion et de protection des droits de la personne grâce aux mécanismes combinés de la Charte, de la *Déclaration canadienne des droits* et des codes fédéral et provinciaux des droits de la personne et grâce au plus grand rôle assumé maintenant par les tribunaux.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Cholewinski, Ryszard I. (éd.). *Human Rights in Canada: Into the 1990s and Beyond*. Ottawa, Centre des droits de la personne, Université d'Ottawa, 1990.

Greene, Ian. *The Charter of Rights*. Toronto, James Lorimer & Company, 1989.

Mandel, Michael. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*. Toronto, Wall & Thompson, 1989.

McLachlin, Beverly M. "The Role of the Court in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjucator". *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 39, n° 43, 1989.

Morton, F.L. "The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". *Revue canadienne de science politique*, vol. XX:1, mars 1987, p. 31.

Pentney, William F. *Discrimination and the Law*. Don Mills, De Boo Publishers, 1990.

RECYCLED-RECYCLÉ